

APA: Monje-Mayorca, D. F. (2020). El registro de un mecanismo publicitario, seguridad jurídica y manejo de datos en la transferencia de la propiedad. Parte II: América latina y su tradición romano-germánica. En O. Woolcot & D. F. Monje-Mayorca (Eds.). *Vicisitudes del derecho a la privacidad (privacy). Cuestiones sobre el tratamiento de datos personales y la responsabilidad civil* (pp. 113-128). Editorial Universidad Católica de Colombia. <https://doi.org/10.14718/9789585133273.2020.5>

Chicago: Monje-Mayorca, Diego Fernando, "El registro de un mecanismo publicitario, seguridad jurídica y manejo de datos en la transferencia de la propiedad. Parte II: América latina y su tradición romano-germánica". En *Vicisitudes del derecho a la privacidad (privacy). Cuestiones sobre el tratamiento de datos personales y la responsabilidad civil* editado por Olenka Woolcott Oyague y Diego Fernando Monje Mayorca, 113-128. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia. doi: 10.14718/9789585133273.2020.5

EL REGISTRO DE UN MECANISMO PUBLICITARIO, SEGURIDAD JURÍDICA Y MANEJO DE DATOS EN LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD. PARTE II: AMÉRICA LATINA Y SU TRADICIÓN ROMANO-GERMÁNICA

Diego Fernando Monje-Mayorca*

Preliminares

La decisión del codificador francés de implementar un amplio conjunto de medidas publicitarias para revestir al contrato de compraventa de una mayor seguridad jurídica también fue seguida por la totalidad de ordenamientos civiles que quisieron implementar un sistema de *solo consensu*.²⁰⁹ De allí que la gran mayoría de códigos civiles que asimilaron con mayor fuerza el influjo del Code ha consagrado algún tipo de formalidad o solemnidad en las ventas de cierto tipo de bienes, con el objetivo de garantizar una mayor seguridad en la transferencia de la propiedad y en la protección tanto de los intereses de los contratantes como de posibles terceros de buena fe.

Hoy en día, codificaciones civiles europeas como la italiana, la portuguesa y la mayoría de las latinoamericanas que han seguido de cerca el proceso francés respecto al método de transferir la propiedad, como la de República Dominicana, Bolivia, México, Venezuela y Paraguay, resolvieron recusbrir el contrato de compraventa con ciertas formalidades y solemnidades en los casos de ventas de bienes inmuebles, vehículos automotores, barcos, aeronaves y en otros

* Docente investigador y profesor de Derecho de las Obligaciones y de los Contratos, de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: dfmonje@ucatolica.edu.co

²⁰⁹ Puede verse, entre otros, Monje-Mayorca, *El contrato*, 9 y ss.

actos de índole traslativa o constitutiva de derechos (constitución de sociedades, derechos intelectuales, hipotecas y prendas, entre otros). Estos mecanismos han consistido en la exigencia de elevar a escritura pública el respectivo contrato de venta, complementada algunas veces por el requisito de la inscripción o registro del documento notarial ante una oficina central de carácter estatal encargada de salvaguardar la fe pública.²¹⁰

Por su parte, el más reciente anteproyecto de reforma al Código Civil francés, de 2005, no agrega modificaciones radicales a la tendencia reformista iniciada en 1955 frente al tema registral. Lo que hay que destacar es que, en relación con la validez y la forma de los contratos, se propone que el régimen de la acción de nulidad por falta o vicio de forma gire en torno a la naturaleza de los intereses que la forma protege (art. 1127-4 del anteproyecto de reforma);²¹¹ respecto al principio de prueba documental, se plantea que esta regla tiene que ser cumplida (art. 1312 del anteproyecto), propuesta complementada por lo estipulado en el Artículo 1303 del anteproyecto, en el que se indica que “la transcripción de un acto en los registros públicos no podrá servir más que de principio de prueba por escrito”.²¹² De esta forma, se afinan algunos conceptos en torno a la exigencia e importancia de la formalidad en el ámbito probatorio.

²¹⁰ Puede verse Italia, Parlamento de la República, *Regio Decreto del 16 de marzo de 1942*, “Por el cual se aprueba el Código Civil” (Roma: *Gaceta Oficial de la República Italiana* núm. 79, 4 de abril de 1942), arts. 815, 819, 854, 1156 y 1162; Portugal, Asamblea de la República, *Decreto-Ley 47344 de 1966*, “Por el que se dicta el Código Civil” (Lisboa: *Diário de Governo* núm. 274/1966, Série I, 25 de noviembre de 1966), arts. 205, 291, 407, 421, 435, 456, 660, 681, 686, 687, 932 y 1298 entre otros; República Dominicana, *Congreso Nacional*, Código Civil, 1884, arts. 1336, 2074, 2106, 2108, 2109, 2196 y ss.; Bolivia, Asamblea Legislativa Plurinacional, *Decreto-Ley 12760*, “Código Civil” (La Paz: *Gaceta Oficial*, 6 de agosto de 1975), arts. 77, 150 y 199; Estados Unidos Mexicanos, *Código Civil Federal* (Ciudad de México: *Diario Oficial de la Federación*, 3 de junio de 2019), arts. 825, 2270 y 2319; República de Venezuela, Congreso de la República, *Código Civil* (Caracas: *Gaceta* núm. 2.990, 26 de julio de 1982), arts. 1913-1928; República del Paraguay, Congreso de la Nación, *Ley 1183 de 1985*, “Código Civil” (Asunción, diciembre de 1985), arts. 1968-1973, 2069-2071, 2327 y ss.

²¹¹ “El régimen de la acción de nulidad por falta o por vicio de forma, cuando no haya sido determinado por la ley, depende de la naturaleza de los intereses que la forma está llamada a proteger”. Anteproyecto de la reforma, art. 1127-4.

Puede verse Pierre Catala, “Validez-forma (arts. 1127 a 1123-2)” en *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción: anteproyecto de reforma del Código Civil francés*, Libro III, títulos III y XX, eds. Pierre Catala, Fernando Hinestrosa France, Ministère de la justice, et al. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 82.

²¹² “La transcripción de un acto en los registros públicos no podrá servir más que de principio de prueba por escrito, y para ello será menester: [...]”. Anteproyecto de la reforma, art. 1303. Philippe Stoffel-Munck, “Prueba de las obligaciones (arts. 11283 a 1326-2)” en *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción: anteproyecto de reforma del Código Civil francés*, Libro III, títulos III y XX, eds. Pierre Catala, Fernando Hinestrosa France, Ministère de la justice, et al. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 155-156.

Perspectiva del origen del Sistema de registro germánico: principal nutriente del método registral implementado originalmente en la teoría de título y modo y fermento de la reforma del genuino Sistema de inscripción francés

Mientras que en el Medioevo el derecho romano ya se encontraba en un estado conceptual avanzado, el germánico seguía halando cacharros y cachivaches tales como ramas, guantes, varas, lanzas, puñales, terrones y variedad de elementos que se utilizaban para simbolizar el traspaso o la entrega de las cosas.²¹³ Entrado el período del *Übernahme* o de la *Rezeption*, en el que los Estados germánicos aplicaron como derecho positivo el *corpus iuris justinianeo* o aquel derecho romano mediante el cual los jueces resolvían las controversias —etapa que se extendió hasta la promulgación del BGB— se introdujo en el derecho germánico la figura de la *traditio per chartam*, por la que, junto con el documento, se exigía la entrega de símbolos que representaban un fundo.²¹⁴

Cerca del siglo XII, la formalidad de la tradición mediante actos y rituales externos se convirtió en la formalidad de insertar el acta de investidura judicial (*gerichtliche Auffassung*) o el documento negocial (*aussergerichtliche Auffassung*) en un registro público. Los Libros territoriales de Colonia se remontan al año 1135; los de Magdeburgo, hacia 1215; los de Lübeck, a 1227; los de

²¹³ Puede verse Antonio Pau Pedrón, “Panorama del sistema inmobiliario alemán”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 551 (1982): 951-952.

²¹⁴ Enseña Friedrich Carl von Savigny: “Bajo los sucesores de Justiniano, las mismas circunstancias debieron producir el mismo estado de cosas, puesto que su legislación fue la última gran tentativa de este género, y la fuerza creadora del derecho se había debilitado considerablemente [...]. La Europa se encontraba en muy diferente posición cuando, durante la Edad Media, se introdujo el derecho romano en las naciones, en cuyo seno no había nacido. Estas naciones estaban organizadas de manera que hacía muy difícil la existencia de un derecho consuetudinario general, capaz de modificar y de completar un derecho de origen extranjero. Muchas circunstancias favorecían, sin embargo, el derecho consuetudinario. La adopción de una legislación extraña creaba una multitud de relaciones artificiales, que exigían ser reguladas por nuevas instituciones subsidiarias”. Friedrich Carl von Savigny et al., *Sistema del derecho romano actual*, § XVIII (Granada: Comares, 2005), 35 y ss.

Frente al tema en concreto, Pau Pedrón expone comparativamente: “El Derecho romano tuvo un primer momento de formalismo contractual: *mancipado, in iure cessio, adjudicatio, ussignatio* [...], pero de un formalismo no meramente publicitario, sino esencial y constitutivo. También el Derecho germánico tuvo esa primera fase ritualista; sin embargo, esta coincidencia tuvo lugar en una fase primitiva de ambas culturas. Cuando la civilización romana y la germánica fueron evolucionando, y se fueron perfilando los caracteres de ambos pueblos, tan distintos étnica, social y políticamente, su desarrollo jurídico deviene divergente”. Pau Pedrón, “Panorama”, 952-953.

Puede verse Heinrich Brunner, *Historia del derecho germánico*, 8a ed. alemana de Claudius von Schwerin (Barcelona: Labor, 1936), 195-197 y 256-262; Édouard Laboulaye, *Historia del derecho de propiedad en Europa* (Madrid: Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, 1845), 182 y ss.

Hamburgo, a 1270; los de Dortmund, a 1332 y los de Múnich, a 1347. Se cree que sus antecedentes cercanos están en los llamados Kopialbücher de los monasterios y dos traditionsbücher de los señores feudales, aunque el verdadero antecedente de lo que hoy conocemos como registro se sitúa en la ciudad de Múnich, en el año 1484 aproximadamente, fecha en la que se creó el sistema de folio real.²¹⁵

Con la recepción del derecho romano y su sistema traslaticio de la propiedad, el desarrollo evolutivo del régimen inmobiliario germánico sufrió un cisma, que se reflejó en el álgido debate protagonizado por CARPZOW (1565-1624); soportado en el hemisches Recht, manifestó que era indispensable la concurrencia de la tradición y la inscripción para la transferencia de la propiedad, mientras que Frantzkius (1594-1659), invocando el derecho romano, consideró suficiente la sola presencia de la tradición para dicho cometido.²¹⁶ Así, en los ordenamientos de algunos Estados alemanes se generó una notable divergencia; por ejemplo, la región norteña de Mecklemburgo exige solamente la tradición; el Estado sureño de Württemberg establece la figura de la tradición para la transferencia de la propiedad, pero la inscripción para la constitución de derechos reales; la provincia oriental Sajonia retorna a la primitiva gerichtliche Auflassung, aunque con una curiosa peculiaridad: el enajenante cede el predio al juez, para que este le transfiera al adquirente la propiedad sobre el predio simplemente entregándoselo y sin el requerimiento de la inscripción, y los territorios más influenciados por el derecho romano, como Alsacia y Lorena, adoptan la transmisión por el simple consentimiento seguido del modo por tradición, atribuyéndole en exclusiva a la inscripción una cualidad de oponibilidad.²¹⁷

Superada la larga y turbulenta etapa de la recepción del derecho romano que provocó serias divergencias en el ámbito de la traslación del dominio,²¹⁸

²¹⁵ Puede verse Brunner, *Historia*, 197 y ss. En igual sentido, Pau Pedrón, "Panorama", 952 y 953.

²¹⁶ Manifiesta Pau Pedrón: "En la doctrina científica se produce una enconada discusión, que recuerda la que, siglos más tarde, enfrentaría a THIBAUT y SAVIGNY: el jurisconsulto CARPZOW, apoyado en el *heimisches Recht*, exige la concurrencia de tradición e inscripción para la transmisión del dominio, mientras que el jurisconsulto FRANTZKIUS, esgrimiendo el Derecho romano, considera suficiente la tradición". Pau Pedrón, "Panorama", 953.

²¹⁷ Puede verse Brunner, *Historia*, 199-200 y 304; Pau Pedrón, "Panorama", 953.

²¹⁸ Comenta Pau Pedrón que: "[...] el problema de la *Rezeption* es más complejo de lo que ordinariamente puede considerarse. La doctrina alemana distingue dos tipos o fases de recepción del Derecho romano: la *Vorrezeption* ('pre-recepción') y la *Hauptrezeption* ('recepción principal'), que algún autor ha propuesto llamar, con mayor exactitud, 'recepción teórica' y 'recepción práctica'. Efectivamente: la primera recepción, ya en

aproximadamente en el siglo XVII resurgió con fuerza el derecho germánico. Empezaron a aparecer nuevamente los registros inmobiliarios, debido, tal vez, a la necesidad de reorganizar jurídicamente el suelo alemán tras la ruinoso Guerra de los treinta años (1618-1648). Esta nueva regulación del registro contó con el importante aporte jurídico de la monarquía prusiana que, en cabeza del gran elector Federico Guillermo, inició la reestructuración del régimen inmobiliario con el Edicto del 28 de septiembre de 1693, en el que ordenó la elaboración de un libro jurídico-catastral llamado el *Er bund Lagerbuch*. En este libro debían inscribirse las fincas, sus titulares, las hipotecas y los acreedores hipotecarios. En dicho edicto también se suprimieron las hipotecas tácitas y generales, y se declaró nulo todo título no inscrito. Por último, los libros se declaraban públicos, sin limitación o restricción de acceso a cualquier persona interesada.²¹⁹

Entre 1693 y 1783, mediante la promulgación de varios edictos y leyes, los monarcas Federico I y Federico II de Prusia intentaron inútilmente instituir registros en todas las poblaciones del reino, tras insistir en el principio de inscripción

el siglo XI, es meramente teórica, llega al pensamiento de los juristas alemanes a través de los glosadores, pero no llega al Derecho positivo. La segunda recepción, en el siglo XIV, tiene ya una importancia práctica, llega a los alemanes a través de los post-glosadores, y cristaliza en normas jurídicas. Además, un hecho fundamental hace que esta segunda recepción tenga una dimensión trascendental: la creación, en 1495, del *Reichskammergericht*, que nació con el designio de juzgar sobre la base del Derecho romano. No obstante, se planteó entonces una de tantas antinomias en que se debatió dramáticamente el Derecho alemán hasta el pleno renacimiento del Derecho germánico: el *Reichskammergericht* debía resolver los litigios con normas de Derecho romano, pero incidentalmente la denominada 'cláusula salvadora' daba preferencia a los usos y costumbres germánicos. Y contra estas normas autóctonas se alzaba el inflexible *statuta sunt stricte interpretando*". Pau Pedrón, "Panorama", 954.

²¹⁹ Expone Brunner al explicar las causas que originaron la regulación de la tierra en Alemania, que posteriormente derivó en el registro: "Después de la guerra de los Treinta años se llevó a cabo la repoblación de las tierras desoladas, hecha frecuentemente de modo que el señor, antes de proveer las parcelas que tenía desiertas, reconstruía el cortijo derruido, así que los edificios del cortijo y sus pertrechos (el inventario de la finca o aperos) eran también propiedad del señor territorial, que por ello dictaba a su arbitrio las condiciones del *precarium*. De este modo se llegó en Alemania oriental a la constitución de señorios inmobiliarios [...]. En el Este el señorio inmobiliario amenazó la plena desaparición de la tierra de los campesinos por medio de su expropiación sistemática; pero sólo en lugares aislados consiguió en su totalidad este resultado. El poder estatal, en los grandes Territorios donde se había fortalecido contra los estamentos, colocó bajo su protección la tierra de los campesinos, para mantener a éstos en una condición más saludable y evitar la transformación de la tierra campesina sujeta a impuestos en tierra señorial exenta de ellos. Frente a los señores territoriales hizo valer una coacción de arrendar jurídico-pública, puesto que preceptuó que las posesiones campesinas vacantes se cedieran de nuevo en arrendamiento. En Brandemburgo los comienzos de la coacción de arrendar se remontan hasta fines del siglo XV. Federico Guillermo I (14 marzo 1739) y Federico el Grande (12 agosto 1749) la extendieron a toda Prusia. Recibió nueva sanción en el Derecho Territorial prusiano". Brunner, *Historia*, 257-258 y 303. En este mismo sentido lo relata Pau Pedrón, "Panorama", 955, al iniciar su exposición sobre los comienzos del registro moderno en los territorios de influencia germánica.

constitutiva para la adquisición del dominio y el establecimiento de hipotecas, y consagrar el principio de prioridad en los títulos²²⁰

Con la promulgación en 1794 del Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, bajo la regencia de Federico Guillermo II, colosal obra codificadora de aproximadamente 20.000 artículos, ocurrió un hecho de trascendental importancia: los principios del derecho romano se entrelazaron con las normas autóctonas del derecho germánico y dieron lugar a la adopción de un sistema traslaticio romano de título y modo, junto con la imposición de considerar la inscripción como un “modo de adquirir” la propiedad. De esta forma se creó un sistema ecléctico, en el que la tradición y la inscripción son modos adquisitivos.²²¹

La iniciativa prusiana de instaurar un sistema registral como herramienta para ordenar la adquisición de la tierra terminó influyendo en el derecho francés que, debido a la Revolución, había empezado una etapa en la que se introdujeron notables avances en cuanto al registro de las hipotecas y de algunos actos de transferencia de la propiedad, materializados en 1795 en un Código Hipotecario que promovía la protección de los derechos de los acreedores hipotecarios.²²² No obstante, fue solo a finales de 1798, con la promulgación de la Ley del 11 Brumario año VII, que se consolidaron los adelantos en materia registral condensados en el Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten de 1794, aunque de manera transitoria,²²³ ya que con la promulgación del Code (1804), los avances que se

²²⁰ Puede verse Gumersindo de Azcárate, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, Tomo III (Madrid: Imprenta de la revista de legislación, 1883), 25; Pau Pedrón, “Panorama”, 955; Wieacker, *Historia*, 300 y ss.

²²¹ Pau Pedrón, “Panorama”, 956; Wieacker, *Historia*, 304, 309 y ss.

²²² Según Serna Vallejo: “La principal finalidad del texto de 1795 es el desarrollo del crédito inmobiliario proporcionando a los acreedores una garantía segura sobre los bienes de sus deudores. Objetivo que se pretende conseguir a través de la máxima movilización del suelo con la fórmula de las células hipotecarias. Sin embargo, el resultado es una Ley compleja que introduce numerosas novedades en relación con régimen entonces en vigor y con importantes lagunas y contradicciones que dan pie a numerosas críticas que, en última instancia, impedirán su entrada en aplicación [...]. Sus redactores deseaban fomentar el crédito hipotecario; sin embargo, organizan un deficiente sistema, incapaz de potenciar el cumplimiento de esta finalidad: establecen la publicidad y la especialidad de las hipotecas de manera defectuosa e insuficiente y mantienen en la clandestinidad las transmisiones de la propiedad porque con las declaraciones inmobiliarias que se exigen es impensable considerar que se pudiera dotar de publicidad las transmisiones inmobiliarias”. Serna Vallejo, “La formación histórica”, 1000 y ss.

²²³ Puede verse Brunner, *Historia*, 197 y ss.; Wieacker, *Historia*, 186 y 318; Peña Bernaldo de Quirós, “El sistema”, 724 y ss.; Pau Pedrón, “Panorama”, 951-960. En igual sentido, Serna Vallejo, “La formación histórica”, 1004 y ss.

• El registro de un mecanismo publicitario, seguridad jurídica (Parte II)...•

habían logrado en cuanto a la publicidad inmobiliaria fueron desfigurados por el Código napoleónico; este último reimplantó varias limitaciones que habían sido superadas en el ámbito de las transferencias de los derechos reales y el registro de los gravámenes hipotecarios, ello debido tal vez a la poca empatía que causó la fusión de los principios del derecho consuetudinario germánico y los del derecho escrito romano.²²⁴

En la práctica, la propuesta original del Allgemeines Landrecht y las medidas de la Ley del 11 Brumario para fomentar el registro de las mutaciones inmobiliarias no tuvieron el impacto que se esperaba. Es posible que, en Prusia, el resultado de la fusión de los dos derechos hubiera generado una percepción de ambigüedad frente a los dueños de la tierra, los cuales no acudieron a inscribir sus fundos, a pesar de que esta era una obligación sancionada en caso de incumplimiento; en Francia, la medida de la inscripción no tuvo una acogida uniforme, debido tal vez a que, en el momento de la elaboración del Code, la Comisión redactora afrontó el problema de elegir entre tres sistemas de publicidad inmobiliaria.²²⁵ Ante esto, se adelantaron en Prusia dos reformas encaminadas a estimular el registro: la de 1802, que instituye la deuda territorial de propietario, y la Resolución de 1831, que suprime la obligatoriedad de la inscripción, dado el elevado abstencionismo.²²⁶ En Francia, después de un arduo debate, se llegó a la polémica decisión de consignar en el Código Civil un régimen hipotecario que tenía como objetivo

²²⁴ Consúltense la sección del presente trabajo en donde se reseña el proceso codificador francés en cuanto a la estructuración de la publicidad inmobiliaria. No obstante, puede verse también Serna Vallejo, "La formación histórica", 1008 y ss.

²²⁵ De acuerdo con lo comentado en la primera parte de este trabajo, en la etapa en la que triunfó la Revolución, Francia se hallaba dividida entre la aplicación de un derecho romano escrito y un derecho consuetudinario germánico, situación que eventualmente causó que, llegada la fase de la codificación, existieran simultáneamente tres sistemas publicitarios de la finca raíz: el "de inspiración romana defendido por Portalis; el establecido en la Ley de Brumario del año VII, entonces en vigor, que consagraba la publicidad y la especialidad en relación a las transmisiones de bienes inmuebles, las hipotecas y ciertos privilegios, que es el defendido por el Consejo de Estado y Cambacérès; y el previsto en el Derecho histórico francés encarnado en el Edicto de 1771". Pau Pedrón, "Panorama", 949. Por otro lado, respecto a las regiones netamente germánicas, la apatía hacia la práctica del registro pudo deberse en principio a que, en el período en el que empezó el movimiento de reforma prusiana, la gran mayoría de actos de enajenación inmobiliaria permanecían en la clandestinidad en amplias zonas. Puede verse Pau Pedrón, "Panorama", 956; Serna Vallejo, "La formación histórica", 944-948 y 1010.

²²⁶ Puede verse Pau Pedrón, "Panorama", 956. Relata Azcárate que "la transmisión de los bienes inmuebles se verifica en Prusia por virtud de la *Auflassung*, esto es, de la investidura que confiere el Juez-Registrador al propio tiempo que practica la inscripción, constituyendo ambas cosas un acto indiviso y el único eficaz para efectuar la enajenación, porque el convenio solo produce un derecho á pedir el registro". de Azcárate, *Ensayo*, 232.

esencial la publicidad de las hipotecas y de los actos traslativos de índole gratuita, pero privaba de publicidad los acuerdos que transferían el dominio a título oneroso, lo cual, junto con otros rasgos particulares, produjo que este régimen terminara separándose del prusiano.²²⁷

Por otro lado, el desarrollo legislativo del Imperio austríaco es paralelo al de Prusia. El 22 de abril de 1794, mismo año en el que se promulgó el Código prusiano, se expidió la Ley Hipotecaria, que regulaba la eficacia constitutiva de la inscripción. En 1811 entró en vigencia el Código Civil de Austria, el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Kaisertum Österreichs*, un documento más modesto y coherente que el Código de Prusia, porque se dedica a regular solamente temas de derecho civil y porque en su Artículo 431 reafirma la eficacia constitutiva (*Einverleibung*): “Para la transmisión del dominio de bienes inmuebles debe inscribirse el contrato de adquisición en los libros públicos destinados a ello. Esta inscripción recibe el nombre de *Einverleibung* o *Intabulatio* (incorporación)”.²²⁸

Así pues, la fértil actividad codificadora de Prusia y Austria acabó influyendo en el derecho francés revolucionario y en diversos códigos europeos como el holandés (1809) y el BGB alemán (1900), en los cuales se implementó el método jurisprudencial romano planteado por el alemán Johann Apel (1486-1536) y que siglos después perfeccionó Heinecio (1825) con el nombre de título y modo, de

²²⁷ Sobre el particular puede verse Pau Pedrón, “Panorama”, 956 y ss.

Esquemáticamente los principios generales del régimen hipotecario previsto en el Código napoleónico son los siguientes: “1. El requisito de la transcripción es necesario para la conservación del privilegio del vendedor (art. 2.108) y como formalidad preliminar a la purga (2.181). 2. Los privilegios sobre los bienes inmuebles se someten al requisito de la inscripción (art. 2.106). 3. No se establece ningún plazo de tiempo dentro del cual el vendedor pueda realizar la inscripción (arts. 2.134-2.145). 4. Tan sólo los bienes inmuebles y el derecho de usufructo son susceptibles de hipoteca (2.119). 5. El rango entre las hipotecas se determina en la mayor parte de las ocasiones por la fecha de la inscripción (arts. 2.134-2.145). 6. Las hipotecas convencionales sólo pueden resultar de un acto auténtico (art. 2.127). 7. Quedan dispensadas de la inscripción las hipotecas legales a favor de las mujeres y la de los menores e incapacitados. Además del mismo modo que las judiciales se constituyen sobre todos los bienes del deudor (arts. 2.122, 2.123). 8. Los bienes futuros del deudor pueden ser sujetos a hipoteca tanto legal como judicial. Para el caso de la convencionales se prevé que si en el contrato se advierte acerca de la insuficiencia de los bienes inmuebles pueda el deudor hipotecar aquéllos que adquiera en el futuro (arts. 2.122, 2.123, 2.129). 9. Los efectos derivados de las inscripciones perduran a lo largo de diez años, transcurridos los cuales es preciso renovarlas (art. 2.154). 10. El adquirente del bien inmueble obligado con hipotecas tiene que, o bien pagar los créditos existentes o bien abandonar el bien”. Serna Vallejo, “La formación histórica”, 1015 y ss.

²²⁸ Pau Pedrón, “Panorama”, 957.

la mano con el requisito de la inscripción en el Registro,²²⁹ tendencia que trascendió en la labor codificadora de Andrés Bello, Teixeira de Freitas e inquietó a Dalmacio Vélez Sársfield.

Los procesos codificadores de Prusia y Austria estimularon la actividad legislativa de las pequeñas cortes alemanas y los múltiples cantones suizos, puesto que entre 1851 y 1856 se expidieron ocho leyes de naturaleza hipotecaria en Alemania y desde 1831 hasta 1850, se promulgaron las normas que regulan el registro en cada uno de los Estados de la Confederación Helvética.²³⁰

Más adelante se expidieron diversas normativas con el fin de regular lo que sería el esquema definitivo del registro inmobiliario: en 1810 y 1852, las Ordenanzas fiscales bávaras, que imponían el deber de efectuar todos los contratos concernientes a la transferencia y adquisición de la propiedad o demás derechos reales en escritura pública; la Ley prusiana de 1857, que fundaba el Catastro y permitía la organización de los fundos en los libros registrales, y la Ley bávara del Notariado, de noviembre de 1861, que disponía la forma notarial para los contratos, por ejemplo, las compraventas de los bienes inmuebles.²³¹

En 1872, la Ordenanza inmobiliaria, resguardada por la ley sobre adquisición de la propiedad y la ley que clasificaba los bienes raíces, estableció explícitamente el régimen jurídico de los bienes inmuebles, junto con la organización del Registro en Alemania. Cuando la comisión nombrada por el Reichstag inició su labor de creación de un Código Civil general para toda la Nación alemana, también se

²²⁹ En efecto, estos antiguos textos jurídicos romano-germánicos consagraron originalmente que "es impropio adquirir la propiedad sin título y modo legal de adquisición" (art. 380 del ABG austriaco), a la par que instituyeron "que la compraventa se perfecciona por el consentimiento ó escritura pública" (Heinecio), y que "para la transmisión de la propiedad sobre un inmueble, para el gravamen de un inmueble con un derecho así como para la transmisión o gravamen de tal derecho, se requiere el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la introducción de la modificación jurídica y la inscripción de esta modificación en el Registro" (§ 873 del BGB). Es decir, la venta es simplemente obligacional, porque el vendedor tiene la obligación de transferirle la propiedad al comprador, y la transmisión tiene lugar para los bienes muebles mediante la entrega; en el caso de que sea inmueble, por la inscripción en el registro, la que, junto con el contrato de venta notarial consagrado en el BGB, producto de un largo proceso evolutivo de un derecho germano simbólico que paulatinamente fue permeado por un derecho romano que, en plena Edad Media, ya había superado su evolución espiritualista. Puede verse Johann Heinecio y José Vicente y Caravantes, *Elementos del derecho romano según el orden de las instituciones* (Madrid: Olamendi, 1873), 275.

En referencia al legado de Heinecio y el aporte del BGB al registro, Wieacker, *Historia*, 291, 394 y 421; Ramón Badenes Gasset, *El contrato de compraventa*, Tomo I (Barcelona: José María Bosch, 1995), 53, entre otros.

²³⁰ Puede verse Pau Pedrón, "Panorama", 957-1959; Brunner, *Historia*, 161; Wieacker, *Historia*, 469.

²³¹ Puede verse Pau Pedrón, "Panorama", 958-959.

contempló incluir en la regulación en materia hipotecaria; no obstante, se decidió crear una ley independiente. De allí que en 1898, un año después de expedirse el BGB, se publicó la respectiva Ordenanza inmobiliaria. Las dos leyes —la que instituye el BGB y la que regula el tema hipotecario— entraron en vigencia el 1 de enero de 1900.²³²

En la actualidad, el Código Civil alemán indica que las cosas en sentido legal son solo los objetos personales. Dentro de este grupo, los bienes muebles se transfieren por medio de acuerdo real y tradición (§ 929, BGB) y los inmuebles, por medio de acuerdo real e inscripción (§ 873, BGB). Así, en Alemania, la transferencia de la propiedad originalmente se produce mediante dos negocios jurídicos independientes (principio de abstracción): un acuerdo obligacional y un acuerdo real o de disposición que, para los inmuebles, recibe el nombre de traditio o entrega, precedido por la solicitud de inscripción y su respectivo registro. Sin embargo, los requisitos del § 873 no se exigen para la totalidad de cosas muebles y no se exigen únicamente para la transmisión de la propiedad de dichas cosas, sino que se aplican también para “la constitución, transmisión y modificación de derechos reales inmobiliarios”.²³³

Los juristas alemanes, diestros en la formulación de principios para exponer diferentes disciplinas jurídicas, fueron los que terminaron estructurando la esencia del método registral de legado germánico, al formular sus principios de consentimiento, inscripción, legalidad, prioridad, tracto sucesivo y legitimación.²³⁴ Estos guiaron la aplicación del sistema de registro en todas las provincias de influencia germánica, incluidas las de Alsacia y Lorena que, tras la Primera Guerra Mundial, fueron anexadas nuevamente a Francia.²³⁵

Luego de la reincorporación territorial de estas dos provincias se respetó, en parte, su sistema registral germánico, que se venía practicando desde antaño, al conciliarlo con las reglas francesas en la Ley del 1 de junio de 1924. A diferencia

²³² Puede verse Pau Pedrón, “Panorama”, 958-959.

²³³ Puede verse Dieter Medicus, *Tratado de las relaciones obligacionales*, Volumen II: apéndices (Barcelona, Bosch, 1995), 979 y ss.

²³⁴ Consúltese, una vez más, Pau Pedrón, “Panorama”, 973 y ss.

²³⁵ Puede verse Peña Bernaldo de Quirós, “El sistema”, 729.

“El establecimiento de un Registro inmobiliario lo sugirió sólo la recuperación de Alsacia y Lorena en 1918”. Wieacker, *Historia*, 318.

del sistema francés de la época, en el método mixto de registro de Alsacia y Lorena se empleaban, y aún es así, los principios de legalidad y calificación de los títulos; por ello, el registro se supone exacto, aunque admite la prueba en contrario, pero la eventual nulidad no es oponible a terceros.²³⁶ Al parecer, este particular sistema provincial ha sido la fuente de la última reforma del autóctono sistema francés y, a la vez, sirvió de puente para que se le adaptaran principios o características de tradición germánica (tracto sucesivo, ciertas anotaciones preventivas, calificación de títulos e importancia esencial de la finca, entre otros elementos); ya en 1924 se trabajaba en la idea de extender el régimen resultante de Alsacia y Lorena a todo el territorio francés,²³⁷ idea que se ha venido consolidando desde la reforma de 1955.

Al estudiar brevemente el largo proceso evolutivo del registro en Europa es posible apreciar los lazos que hermanan el derecho registral germánico con el derecho de inscripción francés, que se ha ido organizando con base en los objetivos de los procesos codificadores de Prusia y Austria y por los principios rectores del derecho alemán contenidos en el BGB. Tal tendencia se ha reflejado aún más en las últimas reformas de naturaleza publicitaria del siglo pasado en Francia. Este balance, en consecuencia, termina desestimando la idea de que los dos sistemas traslaticios de la propiedad son irreconciliables, desde el punto de vista de la formalidad y la solemnidad.

El influjo del modelo romano-germánico en materia de una compraventa excepcionalmente formal y solemne

Los procesos codificadores de Prusia y Austria, junto con la observancia histórica de las leyes coloniales ibéricas de índole registral,²³⁸ terminaron por delinear los trabajos de Andrés Bello y Teixeira de Freitas en relación con la formalidad y

²³⁶ Puede verse Peña Bernaldo de Quirós, "El sistema", 729.

"El establecimiento de un Registro inmobiliario lo sugirió sólo la recuperación de Alsacia y Lorena en 1918". Wieacker, *Historia*, 318.

²³⁷ Consúltese, de nuevo, Peña Bernaldo de Quirós, "El sistema", 729.

Se pensó en una extensa reforma con motivo de una unificación del derecho de obligaciones francés e italiano (proyecto de 1927) y, sobre todo, con la reforma política y jurídica de la Cuarta República, desde 1945. Wieacker, *Historia*, 318.

²³⁸ Contenidas esencialmente en las *Leyes de Castilla*, el *Fuero Real*, las *Siete Partidas*, la *Recopilación* y la *Novísima Recopilación*, ordenamientos en los cuales se hallan los antecedentes de la evolución del sistema registral latinoamericano. Puede verse Monje-Mayorca, El "solo consensu", 67-87.

solemnidad de aquellos contratos que involucran la adquisición y traslación de derechos reales, como las compraventas inmobiliarias.²³⁹

Un amplio grupo de Códigos Civiles americanos que tomó como referencia los modelos de Bello y de Teixeira, en los cuales los principios del derecho romano-germánico soportan un sistema de título y modo²⁴⁰ fortalecido por la institución del registro, admitió el esquema de una compraventa obligacional que en ciertos casos requiere formalidad y solemnidad, a fin de publicitar la transferencia o constitución de la propiedad. Los Códigos Civiles de Chile, Colombia, Ecuador, Brasil, Uruguay y España consagraron sin reparos el requisito de la escrituración pública o privada y la inscripción, los cuales sirven respectivamente para otorgarle validez al contrato y para la transmisión efectiva del dominio cuando se venden bienes raíces, vehículos automotores, aeronaves y embarcaciones, entre otros tipos de bienes.²⁴¹

En lo que respecta al Código Civil argentino, Vélez Sársfield tuvo reparos en la implementación del Sistema de registro inmobiliario porque, según él, en esa época Argentina no estaba preparada para ello, lo cual generó una álgida discusión doctrinal.²⁴² Hoy rigen en este país austral la formalidad y la solemnidad en ciertas compraventas, pues se exigen su escrituración pública (arts. 997-1012, CC arg) y la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda cuando se adquieran o transmitan derechos

²³⁹ Puede verse Andrés Bello, *Código Civil de la República de Chile*, 2a ed. Volumen XIV, Tomo I (Caracas: Casa de Bello, 1981), 465-466.

Por su parte, Gamarra opina que "en materia de publicidad el medio adecuado es el registro, y no la tradición [...] puede hacerse del registro un modo de adquirir la propiedad, tal como aparece en el esbozo de Freitas, en Chile y en Alemania". Jorge Gamarra, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Volumen I, Tomo III (Montevideo: Amalio Fernández, 1962), 29-30.

²⁴⁰ Puede verse Woolcott et al., *Estudios contemporáneos*, 130 y ss.

²⁴¹ Chile, Congreso Nacional, *Código Civil*, arts. 686-699; Colombia, Congreso de la República, *Código Civil*, arts. 1857, 1858 y 1427; Ecuador, Asamblea Nacional, *Código Civil*, arts. 721-733; Brasil, Congreso Nacional, *Código Civil*, arts. 1492-1498; Uruguay, *Código Civil*, arts. 1574-1580; España, Jefatura de Gobierno, *Código Civil*, arts. 605-608.

²⁴² Ver motivos en las notas de Vélez al Artículo 3203. Dalmacio Vélez Sársfield, *Código Civil de Argentina, con las notas de Dalmacio Vélez Sársfield*, 20ª ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994=, 637 y ss.

Por su parte, Ángel Chávarri opina que "muchos de los argumentos del Dr. Vélez para no instituir los registros inmobiliarios, resultaban valederos y atendibles en vistas de la particular geografía física y humana de nuestro país en aquella época, así como las circunstancias políticas, sociales y económicas que en él imperaban". Ángel Chávarri, "Sobre algunas críticas formuladas al Código del Dr. Vélez" en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield: bicentenario de su nacimiento (1800-2000)*, ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Tomo IV (Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000), 565.

reales por medio de ellos (arts. 1184 y 2504 CC arg). Esta regla se aplica en las hipotecas (arts. 3134-3138, 3143, 3144, 3149-3151, 3193 y 3196, CC arg) y en los bienes muebles que la ley determine (art. 264, núm. 6, 1277 y 4016 CC arg), a fin de que dicha adquisición o transferencia de derechos pueda ser oponible ante terceros.²⁴³

Aunque durante el proceso codificador de Perú también se presentaron debates sobre la viabilidad de implementar los principios de la formalidad y de la solemnidad en la compraventa,²⁴⁴ hoy su Código Civil dedica todo el Libro IX para regular los registros públicos sobre: i) la propiedad inmueble (arts. 2018-2023); ii) las personas jurídicas (art. 2024-2029); iii) el registro personal (arts. 2030-2035); iv) los mandatos y poderes (arts. 2036-2038); v) los testamentos (arts. 2039 y 2040); vi) las sucesiones intestadas (Título VII), y vii) el registro de bienes muebles (arts. 2043-2045). Ello, en consonancia con la exigencia de la escrituración pública del contrato de venta en casos particulares que determine la ley (art. 1565, CC per) y de una amplia gama de actos de enajenación y adquisición de bienes que, por mandato legal, también deben ser celebrados

²⁴³ Comenta Fernando López de Zavalía que, en el régimen civil argentino, la venta de muebles en general está regida por el sistema romano de título y modo; no obstante, en la venta de automotores, la inscripción en el Registro respectivo opera como modo adquisitivo de la propiedad en reemplazo de la tradición, sin que esto afecte la pervivencia del sistema de título y modo. Por su parte, en las ventas inmobiliarias, Argentina tiene un régimen muy particular y de una hibridez evidente que se puede describir "como el resultado de un injerto francés en un pie romano", ya que, por un lado, conserva el sistema romanista, en donde se yuxtaponen el contrato y la tradición y, por otro lado, se ha "mutilado" el modo, de tal forma que este ya no sirve para hacer adquirir el dominio *erga omnes*, sino solo respecto al vendedor y a los terceros en general que no entren en la categoría de "terceros", es decir, de "ciertos" terceros, pues para estos hace falta, además, la inscripción. Explica López Zavalía que de allí ha nacido la principal diferencia para entender el sistema inmobiliario argentino, "entre título, modo (pero modo mutilado) y medio (o forma) de publicidad. [Por esto,] la compraventa es título, la tradición es modo (mutilado) y la inscripción es medio". Fernando López de Zavalía, *Teoría de los contratos*, 3a ed. Tomo 2 (Buenos Aires: Zavalía, 2000), 44 y ss. Es decir, la compraventa (título) da derecho a la tradición (modo) con la que se produce una oponibilidad *erga omnes*, sistema que surge del Artículo 2505 del CC arg y del Decreto Ley 17.801/68.

²⁴⁴ Se ha explicado que, aunque el mismo Código Civil francés regula la transferencia de la propiedad inmobiliaria mediante el solo consenso, con la reforma al Code de 1855 esto cambió, al exigirse el registro inmobiliario; este análisis resulta suficiente para aceptar que la posición adoptada en los Códigos peruanos de 1852, de 1936 y el actual de 1984 ha radicado en ajustarse a los cambios sucedidos en el derecho civil francés, tendencia que ha conducido a que sea más evidente el predominio de un sistema de título y modo en Perú. Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, *La transferencia de propiedad inmueble en el Perú*, vol. V (Lima: Motivensa, 2010), 73 y ss.

Puede verse Manuel de la Puente y Lavalle, *El contrato en general: comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo III (Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991), 443; Luis Felipe Cantuarias Salaverry, *El derecho civil peruano: perspectivas y problemas actuales* (Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993), 94, entre otros.

mediante escritura pública: el testamento, la anticresis, las hipotecas, la donación y el mutuo entre cónyuges (arts. 696, 1091, 1108, 1625, 1650, CC per), requisito de formalidad que se halla consagrado explícitamente en el Artículo 1412 del Código Civil.

La libertad de forma contractual y la ausencia de la solemnidad del registro en el derecho internacional privado

La Convención de Viena de 1980,²⁴⁵ los Principios de Unidroit (arts. 1.1, 1.2 y 1.3),²⁴⁶ los Principles of European Contract Law, de la Comisión Lando (art. 2:101),²⁴⁷ el anteproyecto de Código europeo de los contratos de la Academia de Pavía (CEC)²⁴⁸ y el Draft Common Frame of Reference (DCFR)²⁴⁹ recogen

²⁴⁵ El Artículo 11 de la Convención de Viena dispone: "El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos". Al respecto, "Emilio Betti plantea el problema en sus justos términos: los interesados pueden convenir en que se introduzcan requisitos de forma en un contrato para el que la ley no señale forma alguna o bien reforzar los requisitos de forma que la ley establece (así, por ejemplo, elevar al rango sustancial lo que la ley no considera como tal)". Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, Volumen II (Madrid: Tecnos, 1999), 51.

Sobre este tema exponen Renato Scognamiglio y Fernando Hinestrosa que "el contrato —como cualquier acto de autorregulación de intereses— debe asumir una forma para surgir a la vida y, en tal sentido, se exige en el derecho moderno, que en principio no requiere formalidad especial para el perfeccionamiento del contrato, una indispensable correspondencia entre el momento de la celebración del contrato y el de adopción de la forma, para que se realice adecuadamente la autorregulación de los intereses privados". Renato Scognamiglio y Fernando Hinestrosa, *Teoría general del contrato* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996), 119.

²⁴⁶ "Artículo 1.1. Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.

Artículo 1.2. Nada de lo expresado en estos principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos testigos.

Artículo 1.3. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios". Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y Universidad Externado de Colombia. *Principios Unidroit: sobre contratos comerciales internacionales*, 2004 (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 8-11.

²⁴⁷ "(1) El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando (a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente. (2) El contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles incluida la prueba testifical". Unión Europea, *Principles of European Contract Law* (La Haya: 21 de septiembre de 2010), art. 2:101.

²⁴⁸ Arts. 34-36 CEC. Carlos de Cores y Giuseppe Gandolfi, *Código europeo de contratos de la Academia de Pavía* (Bogotá: Temis, 2009), 45.

²⁴⁹ Art. 1:201 del DCFR. Puede verse Study Group on a European Civil Code, *Principles of European Law*, Volumen 6 (Múnich: European Law Publishers, 2008), 86.

unánimemente el principio general de la libertad de forma contractual, en el sentido de que el acuerdo de voluntades de los contratantes se puede manifestar por cualquier medio idóneo y así la compraventa mantiene intacta su forma libre.²⁵⁰ En este sentido, la tendencia del derecho internacional privado ha sido a obviar la solemnidad del registro en la compraventa internacional de mercaderías.²⁵¹

Consideraciones conclusivas

El estudio de un grupo representativo de Códigos Civiles de linaje romano-germánico muestra la inclinación a implementar un modelo de registro de la propiedad inspirado en el modelo germano, el cual armoniza con el método de título y el modo y con la tendencia reformista francesa. Dicho paradigma trascendió en la labor codificadora de Andrés Bello, Teixeira de Freitas e inquietó a Dalmacio Vélez Sársfield e influenció en el diseño de la mayoría de ordenamientos civiles americanos y del español.

La implantación del registro como herramienta moderna de seguridad jurídica terminó por complementar el esquema de una compraventa obligacional que, en ciertos casos, requiere formalidad y solemnidad, a fin de publicitar, mediante la sistematización de datos, la transferencia o constitución de la propiedad.

Sobre el principio de libertad contractual y de la formalidad: "There are several aspects to freedom as an underlying principle in private law. Freedom can be protected by not laying down mandatory rules or other controls and by not imposing unnecessary restrictions of a formal or procedural nature on peoples' legal transactions. It can be promoted by enhancing the capabilities of people to do things. Both aspects are present throughout the DCFR. The first is illustrated by the general approach to party autonomy, particularly but not exclusively in the rules on contracts and contractual obligations. The assumption is that party autonomy should be respected unless there is a good reason to intervene. Often, of course, there is a good reason to intervene—for example, in order to ensure that a party can escape from a contract concluded in the absence of genuine freedom to contract. The assumption is also that formal and procedural hurdles should be kept to a minimum. The second aspect—enhancing capabilities—is also present throughout the DCFR. People are provided with default rules (including default rules for a wide variety of specific contracts) which make it easier and less costly for them to enter into well-regulated legal relationships. They are provided with efficient and flexible ways of transferring rights and goods, of securing rights to the performance of obligations and of managing their property. The promotion of freedom overlaps with the promotion of efficiency and some of these examples are discussed more fully below under that heading". Study Group on a European Civil Code, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, eds. Christian von Bar, Eric Clive y Hans Schulte-Nölke (Múnich: European Law Publishers, 2009), 61-62.

²⁵⁰ Puese verse Cesare Massimo Bianca, *La vendita e la permuta*, 2a ed. Volumen 2 (Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1993), 293-295.

²⁵¹ Puede verse Woolcott et al., *La modernización*, 77 y ss.

